



BIBLIOTECA

KM19

F8

L31

V.15



UNIVERSIDAD DE AVEIRO

53188

TITULO III.

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS Y DE LOS TESTAMENTOS.

(CONTINUACION.)

CAPITULO VIII.

DE LA PARTICION DEL ASCENDIENTE. (1)

*SECCION I.—Condiciones que se requieren para que haya
partición de ascendiente.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

1. Dice el art. 1,075: "Los padres y demás ascendientes podrán hacer entre sus hijos y descendientes la distribución y partición de sus bienes." Por lo regular, la partición se hace por los interesados. ¿Por qué permite la ley á los ascendientes que por sí mismos dividan sus bienes entre

1 Genty, *De las particiones de los ascendientes*, 1 volumen en 8º, París, 1850. Requier, *Tratado de las particiones de los ascendientes*, 1 volumen en 8º, París, 1868. Bertauld; *De la partición del ascendiente* (cuestiones del Código Napoleón, t. 2º, París, 1869. De Folleville, *De la partición del ascendiente* (Programa, 2º examen, t. 1º, pág. 322, Apénd).

sus descendientes? El orador del Gobierno responde, en la Exposición de Motivos, que el objeto de esa partición excepcional es prevenir las disensiones que se susciten entre los hijos y que con tanta frecuencia destrozan á las familias con motivo de las particiones. Bigot-Prémeneu añade que nadie mejor que los padres conoce el valor de las ventajas, los inconvenientes que ofrecen los bienes que dejan; ellos podrán mejor que nadie componer los lotes, teniendo en cuenta las necesidades y aun el grado de afecto para con sus hijos. La partición del ascendiente tiene, además, la ventaja de que impide las particiones judiciales, que llegan á convertirse en necesidad cuando no se pueden poner de acuerdo los hijos, y desgraciadamente absorben una parte considerable de los bienes. Estas últimas consideraciones son meramente secundarias. En cuanto al fin principal que se propuso el legislador, raras veces se consigue; no siempre hacen los ascendientes las particiones con el espíritu de equidad que les supone el legislador, y abusan de la facultad que les concede el Código con mejorar indirectamente á un hijo predilecto á expensas de sus hermanos; de suerte que unos actos destinados para mantener la concordia entre los hijos, llegan á ser manantial de discordias y rencores. Tanto valdría, nos parece, mantener el orden regular de las cosas. (1)

2. La partición del ascendiente hecha por el testamento es de origen romano. La hecha por donación trae su origen de la jurisprudencia antigua, donde se conocía con el nombre de dimisión de bienes. (2) Sin embargo, la partición consagrada por el Código difiere en un punto importante de la dimisión que se usó en otro tiempo. Siendo

1 Vigot-Prémeneu, Exposición de los Motivos, núm. 76 (Loché, t. 5º, pág. 335). Durantón, t. 9º, pág. 600, núm. 614. Demolombe, t. 22, pág. 728, núms. 665-667.

2 Véanse los detalles en de Folleville, pág. 323, núms. 1,088 y siguientes.

esencialmente irrevocable la donación, la partición hecha en esa forma participa de la irrevocabilidad que caracteriza las liberalidades entre vivos. Mientras que la dimisión de bienes desapoderaba al padre que hacía la partición, permitiéndole que la revocara. Cosa notable: la jurisprudencia fué la que introdujo el principio de revocabilidad, é hizo bajo la influencia de una triste experiencia. Uno de nuestros antiguos proverbios dice:

Qui le sien donne avant mourir
Bientôt s'apprête à moult souffrir (1)

Este proverbio no habla en favor de las particiones del ascendiente. Los autores se reducen á aconsejar á los funcionarios públicos que redactan las particiones, inserten cláusulas que permitan á los ascendientes ponerse á cubierto de la ingratitud de sus hijos. En verdad, mejor valía dejarlos que se querellaran mutuamente si lo querían. Donde hay afecto entre los hermanos es inútil la partición del ascendiente; pero donde en lugar de cariño fraternal reinan el celo, la envidia y el egoísmo, por más que el padre mismo haga la partición, no restablecerá la concordia cuando vive la discordia en las almas.

3. La partición del ascendiente es de carácter absolutamente singular y encierra principios contradictorios. Por su objeto, es un acto que distribuye los bienes del padre entre los hijos; lo dice el art. 1,075; pero el 1,076 añade que las particiones se hacen por donación entre vivos ó por testamento, observando las formalidades, condiciones y reglas prescriptas para los testamentos y donaciones; mas unos y otras son instrumentos translativos de propiedad. Así, un solo y mismo instrumento es partición, quiere decir, instrumento distributivo, declarativo de pro-

1 (El que da lo suyo antes de morir, está expuesto á sufrir mucho).—Loysel, *Instituciones consuetudinarias*, núm. 668. Genty, página 44, 56.

piedad, y juntamente donación entre vivos ó testamentaria, es decir, instrumento que transfiere del donante al donatario la propiedad. Hay en ello dos elementos contrarios, uno de los cuales no debe absorber al otro, lo cual sería ponerse fuera de la ley. Es menester, pues, dar á cada uno su parte; cosa difícilísima y que da lugar á controversias sin fin. Dicen que el elemento de liberalidad domina en la partición hecha por donación, mientras que el elemento dominante en las particiones testamentarias es la distribución de bienes. Esto es verdad en cierto sentido. El padre que divide sus bienes por testamento no da nada á sus hijos, puesto que en el momento en que la partición habrá de producir efecto, los bienes que deje el padre pertenecen á los hijos conforme á la naturaleza y á la ley. Si aquél los divide por acto entre vivos, hace una verdadera liberalidad, á lo menos en cuanto al goce; da lo que podía guardar y consumir. ¿Es esto decir que la partición entre vivos sea en todo una donación? Nó; entre los hijos la partición es un acto distributivo, puesto que hace veces de la que los descendientes habrían debido hacer, muerto el donante. Vamos á ver las consecuencias que resultan de este conflicto de principios.

§ II. QUIÉN PUEDE HACER UNA PARTICIÓN DE ASCENDIENTE.

4. Las palabras mismas de "partición de ascendiente" parecen responder á esta cuestión, y parece que la ley es también terminante al decir que los "padres y demás ascendientes" podrán hacer entre "sus hijos y descendientes" la partición de sus bienes. Es, pues, un derecho que da la ley á los ascendientes y sólo á ellos, lo cual implica que otros que no sean los ascendientes no le tienen. Tal es, en efecto, la opinión generalmente seguida. Sin embargo, la contraria, que profesa Delvincourt, fué consagrada por un fallo y encon-

tró apoyo entre los autores modernos. Lo que complica la cuestión, es que los partidarios de la opinión general, que es también la nuestra, no parecen estar muy seguros de los principios en que fundan su doctrina, mejor dicho, no los tienen; de modo que es grande su apuro cuando quieren justificar la especie de favor que concede la ley á los ascendientes y niega á cualquier otro pariente. Esta incertidumbre nace de que no están de acuerdo acerca de los derechos que tiene el hombre en lo que concierne á la disposición de sus bienes.

Hemos ensayado establecer los verdaderos principios al tratar de los ejecutores testamentarios. (1) A nuestro juicio, el derecho del propietario sobre sus bienes cesa á su muerte para dar lugar al derecho de sus herederos; nombrar esos herederos, tal es el único derecho que la ley le reconoce; él los instituye para el momento en que ya no ha de vivir. Allí acabó su derecho: legó sus bienes y muere. Después de morir, no puede ejecutar ya ningún acto de voluntad; ha sido menester una disposición expresa de la ley para permitirle que nombrara un ejecutor testamentario encargado de cuidar de la ejecución de su última voluntad. Si se admite ese principio, la consecuencia es indisputable: el que lega sus bienes no puede hacer la partición de ellos. Partir es un derecho de los que son copropietarios por indiviso; la indivisión comienza al morir el testador, y en ese momento cesa el derecho del difunto á sus bienes. Los herederos son los únicos que tienen derecho, y sólo ellos pueden proceder á la distribución de los bienes que les pertenecen exclusivamente. Si guese de aquí que el derecho que concede la ley á los ascendientes es un derecho excepcional, y así no puede extenderse á otros parientes. En vano se diría que hay la

1 Véase el tomo 14 de estos *Principios*, pág. 348, núm. 323 y página 359, núms. 332 y siguientes.

misma razón; los motivos de analogía no son admisibles cuando se trata de excepciones, además de que no hay identidad de motivos. La ley quiere mantener la armonía entre los hijos de un mismo padre; el orden moral se turba cuando invade la discordia el hogar doméstico; es la disolución de la familia, y la familia es la base de la sociedad. Indudablemente siempre son universales las discusiones entre los padres, y hasta entre los extraños que fueran llamados á una herencia. Pero no se negará que el mal es mucho más grave cuando el odio divide á los hijos de un mismo padre.

Tales son, á nuestro juicio, los motivos de orden público que obligaron al legislador á permitir al padre que interpusiera su autoridad después de su fallecimiento, imponiendo su voluntad á sus hijos cuando la desunión amenaza turbar su familia. Los otros parientes no tienen esa facultad, únicamente porque la ley no se las concede. Cuando la partición se hace entre vivos, hay un motivo de más para limitar el derecho á los ascendientes. La partición entre vivos recae sobre una herencia tod' vía no abierta; hay coparticipes cuando todavía no hay herencia; es un parte sucesivo; mas la ley prohíbe todo convenio sobre herencia futura (art. 1,130); si los admite, es por excepción, y esas excepciones son de la más estricta interpretación, porque derogan una prohibición que concierne á las buenas costumbres. Vese que la partición del ascendiente tiende, bajo todos conceptos, al orden público. Es decir, que sólo la ley podría extender una facultad que no da ella más que á los ascendientes. (1)

Hay un fallo en sentido contrario, del Tribunal de Caen. Ese tribunal considera el derecho de partir los bienes como consecuencia del poder de disponer. Aquellos que po-

1 Compárese á Requier, pág. 204, núm. 116. De Folleville, página 351, núms. 1,141 y siguientes.

drían privar á sus herederos legítimos de los bienes que dejan, pueden con mayor razón distinguirlos entre ellos como les parezca. Por no tener los ascendientes la libre disposición de sus bienes, puesto que una parte de ellos está reservada á los hijos, debió la ley, por una disposición terminante, darles la facultad de partir que se les habría podido disputar, á causa de la indisponibilidad de la reserva. (1) Nosotros discutimos la base de la argumentación, que es el famoso proverbio que tan mal papel hace en materia de testamentos: "El que puede lo más, puede lo menos." Nó, bien podeis desheredar á vuestros padres no reservatarios, y, sin embargo, no podréis poner trabas, vincular el derecho de propiedad á los bienes que les dejáis; y la partición que anticipadamente hacéis es una de esas trabas que no os es permitido imponerle, porque no podéis ejecutar acto alguno de poder cuando aun no existía.

5. Apresurémonos á añadir en qué sentido la facultad de dividir no es más que de los ascendientes. Acabamos de decir (núm. 3) que la partición tiene un carácter mixto; es un acto de disposición y á la vez un acto de distribución; como acto de disposición, es la aplicación del derecho común, pudiendo cada uno disponer de sus bienes por donación ó por testamento; y así cualquier padre puede dar sus bienes entre vivos á sus herederos presuntos, como puede legárselos por testamento, designando á cada quien su parte; puede hasta calificar ese acto de partición; las expresiones de que se sirve el disponente son indiferentes en derecho moderno. Con tal que la disposición se haga con las formalidades prescriptas para las donaciones y los testamentos, será válida y producirá el efecto que le da la ley á las liberalidades entre vivos y testamentarias;

1 Caen, 2 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1849, 2, 84). Compárese á Genty, págs. 90 y siguientes. Bertauld (cuestión de Código Napoleón, t. 2º, págs. 3 y siguientes).

pero sólo esos efectos producirá. La partición del ascendiente es además una distribución de bienes (art. 1,075); bajo ese título está sujeta á reglas especiales y produce efectos también especiales. La partición debe hacerse entre todos los herederos presuntos; si se omite en ella á algún hijo, no hay partición (art. 1,078). ¿Sería lo mismo tratándose de una partición que hiciera un tío entre sus sobrinos? Nó, por cierto; el sobrino omitido no tendría acción y la partición sería definitiva entre los sobrinos que están comprendidos en ella; mejor dicho, los sobrinos tendrían los derechos que pertenecen á cualquier donatario ó legatario, un derecho de propiedad exclusivo é inexpugnable por causa de omisión de un sobrino. Siendo la partición del ascendiente una distribución de bienes, debe el ascendiente observar las reglas de igualdad que presiden á la partición entre herederos *ab intestato* (arts. 826 y 832). ¿Sería lo mismo cuando el tío partiera sus bienes entre sus sobrinos? Nó, porque no parte sino que ó da ó lega, es un propietario que dispone de sus bienes y dispone como le parece. La partición del ascendiente está sujeta á la rescisión por causa de lesión, y da lugar á la garantía. Si un tío parte sus bienes entre sus sobrinos, ¿serán éstos quienes garanticen en el caso de evicción? ¿tendrán acción de rescisión en caso de lesión? La cuestión carece de sentido. No son copartícipes sino donatarios ó legatarios, cada quien propietario de los bienes que se le donaron ó legaron; no puede tratarse ni de lesión ni de garantía. No puede, pues, el tío hacer partición propiamente dicha, porque la ley no le faculta para ello; pero sí puede hacer donación ó testamento. Tal es el derecho común. (1)

6. ¿Podría el disponente no ascendiente declarar que su

1 Durantón, t. 9º, pág. 602, núms. 617-619, y los autores citados por Demolombe, t. 22, pág. 663, núm. 700, y por Aubry y Rau, t. 6º, pág. 217, notas 3 y 4, pfo. 728. Réquier, pág. 208, núm. 117.

voluntad era que la distribución de bienes por él hecha en donación ó testamento se sujetara á los principios relativos á la partición del ascendiente? Hay autores que así opinan. (1) Es una concesión peligrosa que hacen á la opinión que combaten. Si se trata de la institución tienen razón los autores disidentes para decir que tal intención puede resultar no sólo de una declaración expresa de voluntad, sino también de la palabra partición usada por el disponente. ¿Qué sucede entonces con el principio que permite sólo al ascendiente dividir sus bienes entre sus descendientes? Una vana teoría. Esta inconsecuencia nace de la incertidumbre que reina en los principios. Si se admite con nosotros que no puede el disponente hacer partición, hay que resolver que no lo puede ni expresa ni tácitamente, ni indirecta ni directamente. Sólo puede hacer donaciones y legados, agregando condiciones que se concilien con la esencia de las liberalidades entre vivos y testamentarias. Tal es el principio, y no entramos á las dificultades que presenta su aplicación, porque hasta aquí no se han ofrecido.

§ III. ¿ENTRE QUIÉN?

7. Conforme al art. 1,075, la partición debe hacerse entre los hijos y descendientes de los padres ó demás ascendientes que la hacen. De aquí, como se resolvió en casación, que no hay partición del ascendiente sino cuando se hizo la disposición únicamente en favor de los capaces de suceder; si se aprovechan de ella otros también, no puede tratarse de partición, por suponer ésta un derecho preexistente en la persona de los que concurren á ella. Además, como lo dice el fallo de casación, es menester que todos los capaces reciban su parte, porque la partición es

1 Colmet de Santerre en Demante, t. 4º, pág. 454, núm. 242 bis, 2º Demolombe, t. 22, pág. 663, núm. 701.